

TIBBİ MÜDAHALE YOLUYLA DELİL ELDE ETME

Yrd. Doç. Dr. M. Tefrik GÜLSOY* / Prof. Dr. A. Nezih KÖK*

GİRİŞ

Maddi gerçeğliği ortaya çıkarabilmek ve adaleti sağlamak zorlu bir süreç. Bu sürecin sağlıklı işlemedi ise en az maddi gerçeğın ortaya çıkarılması kadar önemli. Söz konusu süreç, içerisinde pek çok safha ve unsur barındırmakla birlikte, hukuka uygun olarak delil elde etme en önemli hususlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Pek çok delil çeşidinden söz edebilmek mümkün olmakla birlikte, burada özel olarak, kriminoloji bakımından tıbbi müdahaleler yoluyla delil elde etmeyi ele almaya çalışacağız. Tıbbi müdahaleler yoluyla delil elde etmek hiç şüphe yok ki hukuki gerçeğliğin ortaya çıkarılması ve sonucunda adalete ulaşılması bakımından oldukça önemlidir. Hatta bazen kaçınılmaz olabilir. Diğer taraftan, ortaya sonradan çıkabilecek uyumsuzlukları ve hukuki sorunları önleyebilmek bakımından da bir anlamda zorunluluk teşkil edebilmektedir. Nitekim, hukuk normları olması gerekeni göstermesi itibariyle, meydana gelebilecek hukuki sorunları çözebilme yeteneğine sahip olmalıdırlar. Bu itibarla hukuk normları ortaya çıkabilecek sorunları önceden öngörebilmeli ve dolayısıyla meydana gelen bir hukuki soruna uygulanarak adalete uygun bir çözümü üretebilmelidir. Bu, hukuk kurallarının başlıca vasfıdır.

Başlangıçta ifade edilmesi zorunlu bir başka husus ise, toplanacak deliller ile insan hakları arasındaki ilişkidir. Modern siyasal sistemler ve bunların hukuk düzenleri bakımından temel meşruluk ölçütü olarak insan hakları geçerlidir. Hukuk kuralları her şeyden önce insanlar ve onların hakları içindir. Ahlaki bir varlık olarak insan ve insan onuru, insan haklarını temellendirmiştir. Korunan ve korunması gereken insandır. Bireysel ahlaki ve hukuki anlayışlarımıza göre adaleti gerçekleştirme arayışı nasıl yanlış ve sonuçsuz kalmaya mahkum ise, bunların uygulamaya yansımaları durumunda ortaya

* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

* Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

çıkacak sonuçlar da o denli vahim olabilmektedir. Diğer taraftan çok yüksek siyasi, hukuki ve toplumsal maliyetler de karşılaşılabilecektir. Örneğin, ülkenin hukuk düzenine ve adalet sistemine karşı doğabilecek güvensizliğin sonuçları bazen karşılanamaz nitelikte olabilir. Bu nedenlerle, insan haklarına bağlılık ve saygı devlet yönetiminin her safhasında kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Tıbbi müdahale yoluyla delil elde etmek ve dolayısıyla maddi gerçeği ortaya çıkarmak insan hakları ile doğrudan ilişkili bir konu. Delil elde etmekten vazgeçemeyeceğimize göre -ki bu takdirde maddi gerçekliği ortaya çıkaramayız- insan haklarını ihlal etmeden tıbbi müdahale yoluyla delil elde etmenin hukuki zeminini bilmeye, belirlemeye ve bunu gerçekleştirmeye gereksinimimiz var. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde Türkiye ile ilgili olarak görülen davalar arasında "vücut bütünlüğü"ne ilişkin olanlar ciddi bir yer tutmaktadır. Şüphesiz "vücut bütünlüğü" geniş bir kavram ve tıbbi müdahale de bu kavram içerisinde yer almaktadır.

Diğer taraftan, "Gelişen adli tıp bilimi dikkate alındığında, ceza yargılamasında delil olabilmesi açısından kan örnekleri ve sonuçları, hastalıklar, DNA testi, parmak izi, diş örnekleri, saç teli, tükürük gibi numunelerin sanıktan alınabilmesi, veri tabanları oluşturularak karşılaştırmalar yapılabilmesi açısından son derece önemlidir. Bu sayede birçok suçun ortaya çıkartılması ve kimler tarafından işlendiğinin belirlenebilmesi mümkün olabilecektir"¹. 1412 sayılı CMUK (Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu) bu bakımdan yetersiz, zamana ve ihtiyaçlara uygun olmayan bir düzenlemeye sahipti. 5271 sayılı CMK (Ceza Muhakemesi Kanunu)'nda bu eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır. Yine, "bu numuneleri elde etmeye imkan tanıyan düzenlemeleri yapmak yeterli değildir. Aynı zamanda bu numuneleri bilimsel gelişmeleri takip eden ortamlarda inceleyebilmek ve karşılaştırabilmek imkanı sağlayabilecek personelin yetiştirilmesi ve gerekli malzemenin kullanıma verilebilmesi gerekir"².

I. GENEL OLARAK TIBBİ MÜDAHALE

Hukuki anlamıyla tıbbi müdahale esas itibarıyla hastanın sağlığı ile ilgili faaliyetler olup, hiç şüphesiz tıbbi etik ilkeleri çerçevesinde yapılması gerekir. Bununla birlikte, geniş anlamda pek çok unsuru içermektedir. Genel

¹ Ersan ŞEN, "Türk Ceza Yargılaması Hukuku'na Hakim Olması Gereken İlike ve Esaslar" http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/doc_dr_ersan_sen.htm 25.03.2005.

² ŞEN, a.g.m.

olarak tıbbi müdahale “kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişiler tarafından, tıp bilimine genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyet”³ olarak tanımlanabilir.

Tıbbi müdahalenin hukuki bakımdan ise başlıca iki genel şartından söz edilebilir: 1) Müdahalenin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişilerce yapılması, ve 2) Müdahalenin kanunen öngörülmüş amaçlara yönelik olması⁴.

Genel anlamıyla, “insan sağlığına ve vücut bütünlüğüne yönelen her türlü müdahale, kişilik haklarının hukuka aykırı olarak ihlalidir”⁵. Dolayısıyla, tıbbi müdahale de, bu kapsamda olup, esasen insan haklarının koruduğu bazı haklarla doğrudan ilişkilidir. Başta yaşama hakkı olmak üzere, vücut bütünlüğü, özel hayatın korunması ve sağlık hakkının yanı sıra, işkence ve gayri insani muamele yasağı ile tıbbi müdahale arasında doğrudan ve dolaylı bir ilişki her zaman yaşanabilir.

Konumuzu ilgilendirdiği boyutuyla delil elde etme amacıyla tıbbi müdahale olgusu her zaman bir gereklilik olarak ortaya çıkabilir ve bazen maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için kaçınılmaz olabilir. Bir balistik incelemenin zorunlu olduğu koşullarda kişinin vücudunda bulunan kurşunun çıkarılması, bir ırza tecavüz vakasında sperm örneklerinin alınması, failin belirlenmesinde DNA örneklerinin alınması gibi durumlar tipik örneklerdir. Genel olarak tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını kaldırmak için geçerli olan koşulların, delil elde etmek amacıyla yapılacak olan tıbbi müdahaleler için de geçerli olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, bu çalışmada, delil etmek amacıyla yapılacak müdahalelerin insan haklarını ihlal etmeden yapılabilmesini sağlayabilmek bakımından, devlet gücüyle yapılacak olanlara ilişkin bir değerlendirme yapılmaya çaba gösterilecektir. Nitekim, insan hakları ihlalleri ancak kamu görevlileri tarafından ve bir kamu görevinin icrası ya da kamu yetkisine dayanılarak yapılabilir. Kamu yetkisi kullanmaksızın diğer kişiler

3 Özlem (Yenerer) ÇAKMUT, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2003, s.24.

4 Ayrıntılı bilgi için bkz., ÇAKMUT, s.26 vd.

5 Yahya DERYAL, *İnsan Sağlığına ve Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası*, <http://www.istabip.org.tr/genel/yderyal.asp> 30.08.2005.

eliyle yapılanlar ise cezai ve hukuki sorumluluk ilkelerine göre değerlendirilebilecek hususlardır.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE TIBBİ MÜDAHALE

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve bunu yaparken insan haklarına riayet edilmesi ne kadar önemli ise, vücut bütünlüğüne insan haklarına uygun bir biçimde müdahale edilerek delil elde edilmesi de en az bunun kadar önemlidir. Türk Hukukunda sanığın veya şüphelinin ya da üçüncü kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması olarak kavramlaştırılan husus bir tıbbi müdahaleyi gerektirmektedir.

AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)'nin "Özel hayata ve aile hayatına saygı" başlığını taşıyan 8. maddesinin 1. fıkrası "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir" hükmünü getirirken, 2. fıkrasıyla da sınırlama koşullarını düzenlemektedir: "Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir".

Özel hayat kavramı AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)'ne göre bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar genişdir⁶. Buna karşın, başvuru konusu olmuş somut olaylar neticesinde, AİHS'nin denetim organlarıncı 8. maddede korunan özel hayata hangi konuların dahil olduğunun hemen hemen belirlendiği söylenebilir⁷. Bunlar arasında kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin olanlar da özel hayat kavramına dahil edilmiştir. Bu bakımdan, "bireyin iradesine aykırı olarak yapılan her türlü (bedeni ve psikolojik-psikiyatrik) tıbbi müdahaleler ve deneyimler yanında; alkol, kan ve DNA testleri"⁸, "çocuklarda zorunlu aşılama, diş tedavisi, tüberküloz testleri veya röntgen; zorla besleme"⁹ özel hayat kapsamında yer almaktadır.

⁶ Ursula KILKELLY, Özel Hayata ve aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, İnsan Hakları el Kitapları, No.1, Avrupa Konseyi, 2001, s.9.

⁷ Bkz. A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ-A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s.335.

⁸ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.335. Aynı yönde bkz. KILKELLY, a.g.e., s.12.

⁹ KILKELLY, a.g.e., s.14.

Sözleşme'nin 1. fıkrasıyla korunan hakkın 2. fıkrada sınırlama sebeplerinin sıralanmış olması dolayısıyla mutlak bir hak olmadığı görülmektedir. Bir diğer ifadeyle, maddenin 2. fıkrası, ilk fıkrada koruma altına alınan haklara müdahalenin hangi hallerde meşru olacağını belirlemektedir. Nitekim "Komisyon ve Mahkeme maddede söz konusu olan haklara resmi makamların müdahale ettiğine dair bir şikayet başvurusu geldiği zaman, üç aşamalı bir inceleme ve irdeleme yapmışlardır. Bu organlar önce, a) şikayete konu olay ve işlemin maddedeki kavramlardan birine (özel hayat, konut gibi) dahil bulunup bulunmadığını; yani hükmün 'uygulanabilirliğini' saptamakta; müteakiben, b) bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde, yapılan işlem ya da alınan önlemin bir **müdahale** teşkil edip etmediğini araştırmakta; ve nihayet, c) bu soruya da olumlu yanıt verilmesi durumunda, vaki müdahalenin 2. fıkra önünde **meşruluk kazanıp kazanmadığı** saptanmak suretiyle sonuca varmışlardır"¹⁰.

2. fıkra hükmünden açıkça ortaya çıkan hususlar ise şunlardır: 1. fıkrada güvence altına alınan haklara kamu otoritelerinin bir müdahalesi olduğunda, bu müdahalenin meşru olabilmesi için öncelikle müdahalenin yasal bir dayanağı olması şarttır (kanunilik ilkesi). İkinci olarak, 2. fıkradaki "ancak" kelimesinden sonra sayılan hallerle sınırlı olarak müdahale edilebilir (sınırlı sayım) ve nihayet müdahale demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde (demokratiklik unsuru) yapılabilir¹¹. AİHM'nin içtihatları da bu yöndedir¹².

Konuyla ilgili olarak AİHM'de Türkiye ile ilgili olarak görülen bir dava (Y.F/Türkiye Davası¹³) önemli bir örnek teşkil etmektedir. AİHM'ne göre davaya temel teşkil eden olaylar şu şekildedir: Bingöl'de yaşayan 1951 doğumlu başvuru 15 Ekim 1993 tarihinde, iki gün sonra ise eşi N.F. yasadışı terör örgütü PKK'ya yardım ve yataklık ettikleri gerekçesiyle gözaltına alınmışlardır. İddiaya göre, başvuranın eşi dört gün süre ile gözleri bağlı şekilde gözaltında tutulmuş, polis memurları başvuranın eşini coplamışlar, sözle hakaret etmişler ve tecavüz etmekle tehdit etmişlerdir.

20 Ekim 1993 tarihinde gözaltına alınmasının ardından başvuranın eşini muayene eden bir doktor vücudunda herhangi bir darp izi bulunmadığını rapor etmiştir. Aynı gün tekrar muayene edilmek için jinekologa götürülmüştür. Polis, gözaltındayken vajinal veya anal ilişkinin tespit edilip rapora dahil edilmesi talebinde bulunmuştur. Tüm itirazlarına rağmen, jinekolojik

¹⁰ GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.331.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz., KILKELLY, a.g.e., s.25 vd.

¹² Bkz., GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s.331.

¹³ <http://www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihmtr/yf.htm> 30.08.2004.

muayene yapılmıştır. Başvuranın eşi perdenin arkasında muayene edilirken polis memurları dışarıda beklemişlerdir. Doktor başvuranın eşinin muayeneden önce cinsel bir ilişki yaşamadığını raporunda belirtmiştir. Aynı gün, başvuranın eşi götürüldüğü Bingöl Savcılığı'nda zorla jinekolojik muayene yapılmasından şikayetçi olmuştur. Savcı söz konusu şikayeti kayıtlara geçirmemiş ve salıverilmesini istemiştir.

9 Şubat 1995 tarihinde başvuran ve eşi Bingöl Savcılığı'nda gözaltında iken kötü muameleye maruz kaldıkları iddiasıyla şikayette bulunmuşlardır. Ayrıca, başvuranın eşinin kendi onayı olmaksızın yapılan jinekolojik muayeneden şikayetçi olmuşlardır. Polis memurları Bingöl Savcılığı'nda verdikleri ifadelerde iddiaları reddetmişlerdir. Gözaltındayken cinsel bir saldırı yaşamadığının tespit edilebilmesi için muayene edilmesinin gerekli olduğunu belirtmişlerdir. Dahası, muayenenin ilgilinin onayı alındıktan sonra yapıldığını ileri sürmüşlerdir. Bingöl Savcısı 19 Aralık 1995 tarihli iddianamesinde, başvuranın eşinin zorla muayene edilmesinin özel hayata saygı ilkesini ihlal ettiğini ileri sürerek üç polis memurunu suçlamıştır.

16 Mayıs 1996 tarihinde Bingöl Ağır Ceza Mahkemesi, şikayetçilerin iddiaları destekleyecek kanıt sunmadıkları gerekçesiyle polis memurlarını beraat ettirmiştir. Mahkeme polis memurlarının niyetinin başvuranın eşini aşağılamak olmadığı ve sadece tecavüzle suçlanma tehlikesine karşı kendilerini korumak istedikleri sonucuna varmıştır. Başvuran ve eşi temyiz başvurusunda bulunmuştur. 7 Mayıs 1997 tarihinde Yargıtay, Bingöl Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararını onamıştır.

Başvuran, eşinin rızası alınmadan zorla jinekolojik muayeneye tabi tutulmasının AİHS'nin 8. maddesinin anlamı dahilinde özel hayatın korunması hakkına müdahale teşkil ettiğini iddia ederek AİHM'ne başvurmuş, Hükümet jinekolojik muayenenin başvuran ve eşinin rızası alındıktan sonra yapıldığını iddia etmiştir. Başvuranın eşine muayeneden önce gerekli bilginin verildiğini ve muayeneyi reddetme özgürlüğünün olduğunu savunmuştur. Hükümete göre, başvuranın eşi muayeneyi reddetmediği için ve onayı alınmadan muayene yapılamayacağı düşünüldüğünde, söz konusu onayın alındığı sonucuna varılmıştır.

Mahkeme değerlendirmesini öncelikle "kanunilik" ilkesini göz önüne alarak yapmıştır. Bu Sözleşme'nin 8/2 hükmü gereğince yapıldığı gibi, Türk iç hukukunun da bunu öngördüğünü belirtmiştir. Mahkeme, gözaltındakilerin muayene edilmesinin cinsel istismar veya kötü muamele karşısında bir güvence olduğunu kabul etmekle birlikte, bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmesi ve söz konusu kişinin onayını

gerektirdiğini, aksi halde, gözaltındaki bir kimsenin, keyfi fiillere karşı yasal garantilerden mahrum kalacağını ifade etmiştir.

Kanunilik şartının yerine getirilmediğini tespit eden Mahkeme, bu nedenle söz konusu müdahalenin “yasal bir amaca” hizmet ettiğini veya demokratik bir toplumda gerekli olduğunu incelemeye gerek duymayarak 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin kararında konuyla ilgili olarak başlıca iki hususa dikkat edilebilir. İlk olarak, Mahkemenin tıbbi müdahaleye verdiği anlam üzerinde durulabilir. Mahkeme'ye göre tıbbi müdahale, bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne müdahale etmektir (bkz. Prg. 42-43). Yine Mahkeme, çeşitli kararlarını hatırlatarak, söz konusu şikayetin 8. madde ile ilgili olduğunu ve bir kimsenin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de kapsayan özel hayat kavramını içerdiğini ifade etmiştir. Bir kimsenin vücudu özel hayatın en önemli unsurudur ve bu nedenle zorunlu bir tıbbi muayene bu hakka yapılan bir müdahale niteliğindedir (Prg. 33).

İkinci olarak da, Mahkeme'nin davaya uyguladığı kriterler söz konusudur. Mahkeme bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmesini (Prg. 36, 43), söz konusu kişinin onayını gerektirdiğini (Prg. 43), AİHS'nin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçlardan birini karşılamasını ve demokratik bir toplumda gerekli olmasını (Prg. 36) tıbbi müdahalenin başlıca kriterleri olarak düşünmektedir. Yine, Mahkeme Türk hukuku uyarınca bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne müdahale etmenin tıbbi gereklilikler ve kanunla öngörülen haller dışında yasaklandığına, üstelik hazırlık soruşturması sırasında sadece savcının emri üzerine muayene edilebileceğine dikkat çekmiştir. Bir başka kriter olarak da, muayenenin uygun şartlarda ve güvenlik güçlerinin iştirake ve görme imkanının olmayacağı ortamlarda gerçekleştirilmesi, incelemenin sadece tıbbi personelin girmesine izin verilen binalarda ve ilgili kişiye gerekli bilgi verildikten sonra muayenenin yapılması (Prg. 26) belirtilmiştir.

III. HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. MUKAYESELİ HUKUKTA DURUM

Mukayeseli hukukta tıbbi muayeneye ilişkin hükümler farklılık arz etmektedir. Yeni CMK'nun 75. madde gerekçesinde belirtildiği üzere “İngiltere’de ilgilinin rızası olmadıkça parça alınamaz; ancak geçerli bir neden olmadığı halde rıza açıklanmaması durumunda hakim, sanığa karşı bir suçluluk emaresi çıkarabilir. İtalya’da ise parça alma hem yasaktır ve hem de rıza olmaması halinde hakim bundan sonuç çıkaramaz”.

Fransız Ceza Usul Kanunu'nun (75. maddenin gerekçesinde 142. madde olarak ifade edilmekle birlikte) 63-5. maddesine göre, gözaltına alınmış bir kişinin dahili muayenesinin elzem olduğu bir durum söz konusu olduğunda, ancak bu zorunluluk kapsamında işlem bir hekim tarafından yapılabilir¹⁴.

Aşağıda da görüleceği üzere, getirilen yeni düzenleme esas itibariyle Alman Ceza Usul Kanunu'ndan esinlenmiştir. Kanun'un 81a hükmü, itham edilenin beden muayenesi ve geniş anlamda vücuttan ünite almak anlamında kan testini düzenlemektedir. 1. fıkraya göre, kişinin sağlığına zarar vermemek koşuluyla ve tıp biliminin kurallarıyla uyumlu olarak, hekim tarafından ve suçlananın rızası aranmaksızın kan örnekleri alınabilir ve dahili beden muayenesi yapılabilir. Beden muayenesine yargılama bakımından önemli gerçekleri tespit amacıyla karar verilebilir. 2. fıkra ise, karar verme yetkisini hakime tanımakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcıya ve savcıya bağlı olarak görev yapan ve ona yardımcı olan polise de tanınmıştır. 3. fıkra hükmü ise, suçlanan kişiden alınan kan örnekleri veya diğer beden parçalarının yalnızca ilgili ceza yargılaması bakımından ya da henüz karara bağlanmamış diğer ceza yargılamalarında kullanılabilceğini hükme bağlamaktadır. Bu örnekler, kullanılmalarına artık gerek kalmaması halinde derhal yok edilecektir.

Alman Ceza Usul Kanunu'nun 81c hükmü ise, diğer kişilerin muayenesini düzenlemektedir. İlk fıkraya göre, diğer kişilerin rızaları alınmaksızın muayeneleri, sadece vücutlarında belirli bir iz ya da suçlama nedenini gösteren bir emare bulunuyorsa, kapsamı bunun olup olmadığını tespit etmekle sınırlı olarak yapılabilir. 2. fıkra soy bağının tespitini düzenlerken, 3. fıkra hükmü ile de, tanıklıktan çekinme nedenleri ile tıbbi müdahalenin reddedilebileceğini hükme bağlamaktadır¹⁵.

Aşağıda görüleceği üzere, CMK'nun 75. maddenin gerekçesinde de, "Alman sistemine yakın ve fakat ona göre daha güvenceli bir usul"ün kabul edilmiş olduğu belirtilmektedir.

B. ANAYASAL ÇERÇEVE

1982 Anayasası'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlığını taşıyan II. Bölümünde ilk sırada düzenlenen 17. maddesi "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlığı adı altında ilk olarak ilkeyi ortaya koymakta (1. fıkra); daha sonra vücut dokunulmazlığı (2. fıkra) ile işkence ve kötü muamele yasaklarını bildirmekte (3. fıkra), nihayet yaşama hakkına

¹⁴ http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/cpptextA.htm 05.04.2005

¹⁵ <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.htm#80a> 05.04.2005

getirilebilecek istisnaları saymaktadır (4. fıkra)¹⁶. Maddenin ikinci fıkrası tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkan vücut dokunulmazlığını düzenlemektedir. Buna göre; “Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz”. Maddenin ifadesinden ilk bakışta anlaşılan, vücut bütünlüğüne müdahalenin iki koşulu bulunduğu: 1) Tıbbi zorunluluk bulunması, ve 2) Kanunla düzenlenmiş olması hali. Bu iki koşulun birlikte olması gerekir. Çünkü madde “ve” demek suretiyle her iki koşulu birlikte aradığını ortaya koymaktadır. Buna karşın, yine madde metninden, tıbbi müdahaleye ilişkin olarak kişinin rızasının ise bilimsel ve tıbbi deneyler açısından öngörüldüğü görülmektedir. Oysa ki, aşağıda da görüleceği üzere, tıbbi müdahale yoluyla delil elde etmede rıza unsuru hukuka uygunluk bakımından bazı durumlarda vazgeçilemez nitelikte olabilir.

Anayasanın 17/2. maddesi, vücut bütünlüğü kapsamında tıbbi zorunluluklar dışında müdahaleyi açık bir şekilde yasaklamaktadır. Türk Hukukunda, doktrinde tıbbi zorunluluk kavramından genel olarak anlaşılan hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmediği sürece, hastanın ne düşündüğünden çok, tedavinin ve iyileştirmenin ön planda tutulmasıdır. Bununla birlikte, insanı bir obje (nesne, eşya) haline getiren her muamele insan haysiyetine doğrudan doğruya ağır bir aykırılık teşkil ettiğinden, böyle bir muamele daima hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir ve bir hukuk devletinde asla kabul edilemez¹⁷.

Tıbbi zorunluluğun tespiti ve bunun neticesinde yapılacak olan tıbbi müdahale, özel sağlık hizmeti sunan kişi ve kuruluşlar eliyle yapıldığında bir teşhis ve tedavi sözleşmesi niteliğinde olup özel hukuk kapsamında değerlendirilmektedir¹⁸. Devletin sağlık kurumları aracılığıyla yerine getirdiği sağlık hizmeti bakımından ise, özel hukuk hükümlerine tabi olan istisnai durumlar hariç, idare hukuku hükümleri geçerlidir.

Delil elde etme bakımından ise tıbbi zorunluluğun tespiti ve bunun neticesinde yapılacak olan tıbbi müdahale, temel hak ve özgürlükleri ilgilendirdiğinden, Anayasa ve insan haklarına ilişkin sözleşmeler kapsamında değerlendirilmelidir ve konu ceza yargılaması hukukunu doğrudan ilgilendirmektedir. Bu bakımdan, Anayasa'nın 17/2. maddesi hükmü ışığında, iç hukuk

¹⁶ Bülent TANÖR, “Kişi Dokunulmazlığı”, İnsan Hakları, Ed. Korkut TANKUTER, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 57.

¹⁷ Bahri ÖZTÜRK-M.Ruhan ERDEM-V. Özer ÖZBEK, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 6.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s.170.

¹⁸ Bu konudaki bir çalışma için bkz., Hayrünnisa ÖZDEMİR, *Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

bakımından maddi gerçeği ortaya çıkarmak ve delil elde etmek için tıbbi bir müdahale zorunlu olmalı ve olayla ilgili durum yasayla düzenlenmiş olmalıdır.

Tıbbi müdahalenin zorunlu olması, maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek için, ihtiyaç duyulan delili başka türlü elde edebilmenin mümkün olmamasını belirtir. Vücutta bulunan iz, eser ve emarelerin yanı sıra vücuttan alınacak örnekler delil niteliğindedir. Bu delillerin elde edilmesi ise vücut bütünlüğüne müdahale olduğu gibi, tıbbi müdahale yoluyla gerçekleştirilmektedir. Anayasal hüküm zorunlu bir tıbbi müdahale gerektiren durumun varlığını öngördüğu gibi, hangi hallerde bu müdahalenin yapılabileceğini kanunun düzenlemesini şart koşmaktadır. Bu husus, Anayasa'nın 13. maddesinde ifadesini bulan temel hak ve hürriyetlerin korunması için sınırlamaların kanunla düzenlenmiş olma ilkesinin sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle, hangi hallerde ve hangi kapsamda tıbbi müdahalenin yapılabileceği kapsamı ve sınırları belirlenmek suretiyle kanun tarafından düzenlenecektir.

C. İÇ HUKUKTA DURUM

1. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Dönemi

1 Haziran 2005'te kadar yürürlükten kalkan 1412 sayılı CMUK'nun 66/son hükmü konuyla ilgili istisnai bir düzenleme getirmişti: "Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet Savcılarının talebi ile yapılır" (CMUK. m.66/son). Hükümden de anlaşılacağı üzere, öngörülme ve normatif olarak düzenlenmemiş bir hal ortaya çıktığında tıbbi müdahale gerektiren bir özellik taşıyorsa, ancak Cumhuriyet Savcısının talimatı ile bu müdahale yapılabilecekti. Ancak bu durum, yalnızca hazırlık soruşturması safhasında geçerliydi. Son soruşturma safhası için ise herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Vücudun muayenesi bakımından Cumhuriyet Savcısının bu talimatı hangi koşullarda vereceği ve muayenenin hangi şartlar altında yapılacağına ilişkin bir düzenleme de öngörülmemişti. Şüphesiz bu ciddi bir eksiklik olduğu gibi, uygulama bakımından da sıkıntılar yaratmıştır.

Hukukumuzda "Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliđi" 8. ve 10. maddelerinde vücut araması ve sağlık kontrolü ile ilgili hükümler içermektedir. Bu düzenlemeler bir anlamda kıyasen uygulanabilir niteliktedir. Örneğin tıbbi muayene, kontrol ve tedavinin ücretsiz olarak yapılacağı, doktor ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin doktor hasta ilişkisi çerçevesinde yapılması gibi. Yönetmeliğin 11/e maddesi ise, "Gözaltına alınan kişi saldırgan bir tutum sergilemeye başladığı veya kendine zarar

vermeye kalkıştığında önce sözle kontrol altına alınmaya çalışılır. Bu mümkün olmadığı takdirde, hareketini giderecek derecede kuvvet kullanılabilir. Ancak zaruri olmadıkça gerek kendisinin gerek başkasının hayatı, **vücut bütünlüğü** veya sağlığı tehlikeye girmedikçe kuvvet kullanılmaz” hükmüyle vücut bütünlüğü hakkının korunması bakımından titiz davranılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Yine, gözaltı koşullarına ilişkin yapılan değişiklikler önemli bir ilerleme olmakla birlikte, doktrinde insan haklarına ilişkin ihlal iddialarının radikal bir şekilde durdurulabilmesi için bazı adımların daha atılması gerekliliği üzerinde durulan bir husus olmuştur. Yapılması gereken değişiklikler hem zanlı ya da sanığı hem de kamu görevlilerini haksız ithamlardan korumaya yönelik olmalıdır. Böyle bir noktaya ulaşmak için de hekimin rolünü çağdaş standartların da ilerisine taşımak anlayışı egemen olmalıdır¹⁹.

Bu dönem için, genel olarak insan hakları ilkelerine riayet edilerek muayene ya da tıbbi müdahalenin yapılacağı söylenebilir. Fakat uygulamada ortaya çıkabilecek çeşitli durumlar ve hatta keyfilik karşısında bir düzenlemenin mevcudiyeti kaçınılmaz olmuştur. Nitekim, yeni 5271 sayılı CMK Tasarısının gerekçesinde de şu ifadeler yer verilmiştir: “Beden muayenesi, 1412 Sayılı Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiş değildir; 1412 Sayılı Kanunun 66 ncı maddesinin son fıkrasında yer alan düzenlemenin, gerek maddi gerçeğe ulaşılması ve gerek şüpheli ve sanığın insan hakları açısından yeterli olmadığı açıktır. Tasarı bu konuyu geniş şekilde düzenlemeyi uygun görmüştür”. Nitekim, CMK’nın getirdiği en önemli yeniliklerden birisi olarak bu konuda getirilen düzenlemeler gösterilmektedir. Sonuçta, “bu alanda 1412 Sayılı Kanun’daki hükümlerin kapsamı son derece dar olup kişinin vücuduna yapılan çeşitli müdahaleler bakımından herhangi bir yasal düzenleme ve güvence bulunmamaktaydı”²⁰

2. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

TBMM’nde 04.12.2004 tarihinde kabul edilen ve yürürlük tarihi önce 01 Nisan 2005 olarak öngörülen, daha sonra ise 01 Haziran 2005 tarihine ertelenen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hukukumuzdaki bu boşluğu doldurabilmek amacıyla ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Kanun Tasarısının 78-79. maddelerinde öngörülen hükümler, yasalasan metinde 75 ila 76.

¹⁹ Bkz., İlyas DOĞAN, “Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin rolü ve Sorumluluğu”, http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/ceza_muha-kemeleri_usulu_kanunu/ilyas_dogan.htm 30.08.2005.

²⁰ Adem SÖZÜER-M.Kenan TEKDAĞ, “Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor?”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sy. 3, Nisan 2005, s. 51.

maddeler olarak düzenlenmiştir. İlk halinde “Şüpheli veya sanığın beden muayenesi” başlığını taşıyan hüküm 75. maddede “Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması” olarak değiştirilmiştir. 76. maddeye ilişkin kenar başlık ise değiştirilmeyerek “Diğer kişilerin beden muayenesi”ni düzenlemektedir. Bununla birlikte, tasarı metni ile yasalaşan metin arasında da farklılıklar oluşmuştur²¹. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75 ila 76. maddeleri şu şekildedir:

Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması

MADDE 75. - (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanığın bedeninin tıbbî muayenesine ya da vücudundan kan veya cinsel salgı gibi örnekler alınmasına, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebilir. Bu müdahaleler ancak hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Şüpheli veya sanığın vücudundan saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler alınabilmesine Cumhuriyet savcısı da karar verebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) Tıbbî muayenenin yapılabilmesi veya vücuttan örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

(3) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnek alınmaz.

(4) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir²².

²¹ Bu konuda bkz., Komisyon Gerekçeleri.

²² Bu maddenin taslak metni ise şu şekildedir:

“İşlenmiş bir suçun delil, iz, eser ve emarelerinin saptanması amacıyla, şüpheli veya sanığın beden muayenesine, sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla, kendisinden kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı ve benzeri örneklerin alınmasına, çok zorunlu veya başka suretle delil elde etme olanağı bulunmayan hallerde Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Bu hususta karar verilmeden önce şüpheli veya sanığın avukatı dinlenir. Gerekli iş-

Diğer kişilerin beden muayenesi

MADDE 76. - (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun bedeni üzerinde tıbbi muayene yapılabilmesine veya kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek koşuluyla, Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebilir.

(2) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde, bu araştırmanın yapılabilmesi için, birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gereklidir.

(3) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya bedenden örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

(4) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir²³.

lemler hakim veya mahkemenin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının görevlendirdiği hekim veya diğer bir görevli tarafından yapılır.

Alınan örnekler, örnek alınmasını gerekli kılan olayla ilgili yargılama ve bununla bağlantılı olarak yapılan diğer yargılamalar dışında kullanılamaz. Kullanılmalarına gerek kalmayan hemen yok edilir.

Bu madde gereğince alınacak kararlara itiraz edilebilir.” (m.78).

23

Bu maddenin taslak metni ise şu şekildeydi:

“İşlenmiş bir suç dolayısıyla bedenlerinde delil, iz, eser ve emarelerin bulunup bulunmadığını saptamak veya soybağını belirleyebilmek amacıyla ve sağlıklarını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla, şüpheli veya sanıktan başka kişilerin de bedenlerinin muayenesine ve gerektiğinde örnek alınmasına 78 inci maddenin birinci fıkrasına göre karar verilebilir.

Tanıklıktan çekinme nedenleri ile muayeneden veya bedenden örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuklar ve akıl hastalarının çekinmesi konusunda yasal temsilcileri karar verirler. Yasal temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hakim tarafından karar verilir. Ancak bu halde edilen delil, iz, eser ve emareler davanın ileri aşamalarında şüpheli ve sanık olmayan yasal temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

78. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları, bu halde de uygulanır.” (m.79).

Her iki madde (75-76) hükmü ile önemli bir boşluk giderilmeye çalışılmıştır. Yine, Anayasa'nın 17/2 hükmünün öngördüğü tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller koşullarının gerçekleştirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Getirilen düzenlemeler tıbbi müdahale ile delil elde edilebilmesinin yasal zeminini oluşturmakta ve yeni CMK'nun "Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi" başlığını taşıyan Üçüncü Bölüm'ünde yer almaktadır. Her iki madde ve bunlarla bağlantıları olan takip eden hükümlerde (75 ila 81. maddeler) öngörülen işlemlerin yapılması ile ilgili usullerin yönetmelikte gösterilmesi hükmü 82. maddede yer almaktadır. Bu yönetmelikle ilgili taslak çalışması Nisan 2005 tarihi itibarıyla yapılmış olup, henüz yürürlüğe girmemiştir. Gerek Kanun, gerekse yönetmelik taslağında getirilen düzenlemelerden aşağıdaki hususları çıkarabiliriz:

a. Tıbbi müdahalenin niteliği

Madde, tıbbi müdahale bakımından iki farklı durumu birlikte ele almaktadır. Birincisi bedenin dış muayenesi suretiyle delil elde etme, ikincisi ise vücuttan örnek alınması suretiyle delil elde etme. Aslında Kanun "beden muayenesi" ve "vücuttan örnek alınması" terimlerini kullanmaktadır. Ancak hükmün içeriğine bakıldığında, bedenin muayenesi ile eş anlamlı olarak "tıbbi muayene" terimini de kullandığı görülmektedir. Yine kanun gerek muayene gerekse örnek alınması için "müdahale" terimini kullanmakta ve bu müdahalelerin hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mensubu bir başka kişi tarafından yapılabileceğini emretmektedir. Sonuçta, her iki müdahale türü "tıbbi" nitelikte olduğundan, yapılacak müdahaleler "tıbbi müdahale"lerdir. Bu müdahalelerin neticesinde elde edilecek deliller ise "tıbbi müdahale yoluyla delil elde etme" olarak isimlendirilebilir.

Tıbbi müdahale geniş bir kavram olmak ve birçok müdahale çeşidini içerisinde barındırmakla birlikte, burada düzenlenen delil elde etme amacıyla yapılabilecek iki tür müdahaledir. İlk olarak, Tasarı'nın gerekçesinde de ifade edildiği üzere "...delil elde etmek, bazı vakıaları ve olayları, örneğin yaraları, iz ve eserleri belirlemek amacıyla muayene yapılabilecek, beden boşlukları..." incelenebilecektir (3. paragraf). Bu, bedenin dış muayenesi suretiyle sonuca ulaşmayı düzenlemektedir. Ne var ki bu durumun ayrıntılandırılarak hazırlanacak yönetmelikte düzenlenmesi gerekirken, hazırlanan taslak metinde (Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik Taslağı m.4) bunlara yer verilmediği görülmektedir.

İkinci müdahale tipi ise vücuttan örnek alınması suretiyle tıbbi müdahaledir. Kanun, kişiden kan, saç, tükürük, cinsel salgı gibi örneklerin alınmasından söz etmektedir. Bu aslında birinci tip müdahaleden daha ileri bir mü-

dahale türüdür. Tasarının gerekçesi daha fazla örnek verdiği gibi, amacı da ortaya koymaktadır: "...bedenden kan, cinsel salgı, saç, vücut kılları, tırnak, tükürük, nefes, deri döküntüsü, gaita, sümük, balgam gibi örneklerin alınması mümkün olacaktır. Bu yolla örneğin gen teknolojisi ceza muhakemesinin hizmetine sokulmuş olacaktır" (4. paragraf). Ne var ki yönetmelik taslağı yine ayrıntılı ve açıklayıcı hüküm getirmemektedir (m.5). Oysa ki, her iki müdahale için de, hazırlanacak yönetmeliğin CMK'nun amacına yönelik olarak hem örnekleri çoğaltması hem de tıp bilimi bakımından çerçevesini ve müdahalenin kriterlerini belirlemesi gerekir.

b. Tıbbi müdahaleye karar verecek yetkili mercii

Kopenhag Siyasi Kriterlerini sağlamak için Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde gerçekleştirilen anayasal ve yasal değişikliklerin önemli bir noktası, temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren konulardaki uygulamaya yönelik kararlarda hakim kararlarını sistemin odağına oturtmuş olmasıdır. Sistem, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı ve kanunlarda belirtilen yetkili mercii tarafından kararlar alınabilmesini, fakat bunun en kısa sürede (genellikle 24 saat) hakim onayına sunulması esasını da getirmiştir. Paralel düzenlemeler 5271 sayılı CMK için de geçerlidir. Nitekim 75 ve 76. maddeler de tıbbi müdahaleye karar verme yetkisini hakim veya mahkemeye tanımıştır. Tıbbi müdahaleyi talep etme yetkisi ise 75. madde de hem Cumhuriyet savcısı hem de mağdura tanınmışken, 76. maddede sadece Cumhuriyet savcısına tanınmıştır. Tıbbi müdahaleye hakim veya mahkeme re'sen karar verebilecektir.

Bununla birlikte, 75. maddenin lafzından Cumhuriyet savcısının da vücuttan örnek alınmasına karar verebileceği ve bu kararın 24 saat içinde hakim veya mahkeme onayına sunulacağı da öngörülmüştür. 76. maddede ise Cumhuriyet savcısı için böyle bir yetki öngörülmemiştir. Bu düzenlemeler bakımından birtakım sorunlar ortaya çıkabilir. Bir defa, her ne kadar 75.maddenin Komisyon gerekçesinde Cumhuriyet savcısının bu yetkisinin gecikmesinde sakınca bulunan haller için verildiği (3.paragraf) belirtilse de, kanunda da Anayasa'da örneklerini gördüğümüz şekilde ifade edilmesi yerinde olacaktı. İkinci olarak, Cumhuriyet savcısına daha ileri bir tıbbi müdahaleyi gerektiren vücuttan örnek alma yetkisi verilirken, beden dış muayenesi için bu yetkinin verilmemesi bir eksikliklerdir. Özellikle hakim kararına kadar geçecek süre içerisinde bazı bulguların yok olma tehlikesi bulunabileceği göz önüne alındığında, bu daha önemli hale gelmektedir. Üçüncü olarak, aynı şekilde diğer kişilerin tıbbi müdahale yoluyla muayenelerini ve vücutlarından örnek alınmasını düzenleyen 76. madde bakımından da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısına yetki veren bir

ibarenin kullanılması yerinde olacaktır. Ceza hukukunda kıyas yasağı bulunmakla birlikte, yargılama hukukunda kıyas müessesesine başvurabilmek mümkündür²⁴. Dolayısıyla, kıyas yoluyla, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcılarını böyle bir yetkiyi kullanabilecektir.

Bu konuyla ilgili son bir husus ise, 76. maddede düzenlenen diğer kişilerden tıbbi müdahale yoluyla delil elde etmede, tanıklıktan çekinme haklarına sahip olanların tıbbi müdahaleyi kabul etmeyebilecekleridir. İstisnai olarak, çocuk ve akıl hastasının çekinmesi bakımından kanuni temsilcisinin karar verebileceği, fakat kanuni temsilcinin şüpheli veya sanık olması durumunda ise, hakim tarafından karar verilebileceği bir halin varlığı söz konusudur. Ancak, davanın ileri aşamalarında kanuni temsilci değiştiği ya da şüpheli veya sanık sıfatı kalktığına, elde edilen örneklerin kullanılabilmesi kanuni temsilcinin rızasına bağlıdır. Tıbbi müdahale bakımından CMK'nun aradığı rıza unsuru sadece bu iki halde mümkündür (CMK m.76/3, madde gerekçesi prg.2). Bunun dışında, tıbbi müdahale bakımından CMK herhangi bir rıza unsuruna yer vermemektedir.

c. Müdahalenin kimin tarafından yapılacağı

Tıbbi müdahaleye ilişkin işlemlerin kimin tarafından yapılacağı 75. maddede "hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir" demek suretiyle açıklamaktadır. Madde gerekçesi ise "hekim veya diğer bir görevli" ifadesini kullanmaktadır. Başlıca iki hususun aydınlatılması gerekir kanısında. Hekim her hangi bir hekim olabilecek midir ve diğer görevliden anlaşılması gereken nedir?

Hekimin niteliği bakımından herhangi bir sınırlama ve tanımlama yapılmamıştır. Bedenin muayenesi ve vücuttan alınacak örnekler dikkate alındığında, bu işlemleri herhangi bir hekimin yapabileceği görülmektedir. Ancak bazen öyle durumlarla karşılaşılabilir ki, bu her hangi bir hekime yaptırılmamalıdır. Dikkatli bir seçimin yapılması gerekir. Örneğin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, otopsilerin bu konuda uzman hekimlere yaptırılması gerekliliğini ifade etmiştir. Mahkeme, Birleşmiş Milletler Model Otopsi Protokolü'ne atıf yapmaktadır. Yine, işkence ve gayriinsani muamelelerin önlenmesi bakımından, 1999 yılında Birleşmiş Milletler İstanbul Protokolü kabul edilmiştir. Her iki protokol, etkin araştırma ve dokümantasyon baki-

²⁴ Bkz., Nurullah KUNTER-Feridun YENİSEY, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku (Birinci Kitap), 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul-2002, s.529; ŞEN, a.g.m.

mından uluslararası standartlar oluşturmayı amaçlamaktadır²⁵. Dolayısıyla, herhangi bir standart oluşturulmuş özellikli durumlarda, bu standartlara uygun hekimlerin seçimi gerekir. Nitekim yeni CMK'nun 77. maddesinde böyle bir durum düzenlenmiştir: “Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır”. Yönetmelik taslağında da şu ilave hükme isabetli olarak yer verilmiştir: “Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın hekimin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda, muayene sırasında hekim ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir” (m.10/b).

İkinci olarak, diğer sağlık görevlilerinden ne anlaşılması gerektiği hususudur. Nitekim her müdahalenin hekim tarafından yapılması gerekmez. Hatta, bazı müdahalelerin başka sağlık görevlilerin alanına girdiği durumlar söz konusu olabilecektir. Örneğin, kan örneği alınması bir hemşire tarafından ve bu örneğin tahlili de bir laborant tarafından yapılabilecektir. Yönetmelik Taslağının Tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinin (g) bendi sağlık mesleği mensubu olarak, “tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri” ibaresini kullanmaktadır. Geniş anlamda, hukuk düzenince tanımlanmış sağlık görevlileri kapsamına dahil olanları anlamak daha yerinde olacaktır. Sonuçta, diğer sağlık görevlilerinin yapacağı işlemler de, görevlendirilmiş hekim gözetiminde yapılacaktır.

Bu konuyla ilgili son bir husus ise, 76. maddede, tıbbi müdahalenin kimin tarafından yapılacağına belirtilmemiş olmasıdır. 75. maddedeki düzenlemenin 76. madde için de kıyas yoluyla kabulü gerekir.

d. Tıbbi müdahalenin kapsam ve sınırı

Tıbbi müdahale, öncelikle bedenin dış muayenesi ile vücuttan örnek alınması kapsamaktadır. 75. maddenin gerekçesinde bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. Cerrahi nitelikteki müdahaleler kapsamın dışında tutulmuştur. Yapılacak işlemlerin, ilgilinin sağlığını tehlikeye düşürmemesi ilkesi benimsenmiş ve ön koşul olarak saptanmıştır (CMK m.75/2). Bundan dolayı, muayene veya parça almak amacıyla, hiçbir suretle cerrahi müdahalede bulunulamayacaktır. Hangi tip müdahalelerin cerrahi nitelikte olduğu ise, sağlıkla ilgili mevzuata göre belirlenecektir (5. paragraf).

Tasarının gerekçesinde, “Alman sistemine yakın ve fakat ona göre daha güvenceli bir usul” kabul edildiği ifade edilmiştir. Alman sistemi, rıza koşulu olmaksızın, fakat ön koşul olarak kişinin sağlığının riskle karşılaşmaması ve işin ağır bir tıbbi müdahaleyi gerektirmemesini benimsemiştir. Kanımız-

²⁵ Bkz., M.Tevfik GÜLSOY, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Türkiye İle İlgili Kararlarında Adli Tıp Konusundaki İçtihatları”, AÜEHFD, C.VI, Sy.1-4, 2002, s.142-43.

ca, aynı sistem benimsenebilirdi. Örneğin, kişinin sağlığını tehlikeye düşürmeyecek ve ağır bir tıbbi müdahaleyi de gerektirmeyecek, fakat küçük bir cerrahi bir müdahale ile çıkarılabilecek bir kurşunun varlığının söz konusu olduğu ve bunun balistik incelemesinin faili belirleyebileceği bir durumun varlığı ile karşılaşıldığında, getirilen düzenleme bu müdahaleye izin vermediğinden, maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek mümkün olamayabilecektir. Yine, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için, benzer bir durumda, kişinin rızasına dayanmak suretiyle ve sağlığını tehlikeye düşürmemek koşuluyla vücuttaki nesnenin çıkarılabilmesi için cerrahi müdahaleye imkan tanınabilirdi.

Diğer taraftan, tıbbi müdahaleye ilişkin olarak başlıca şu sınırların benimsendiği görülmektedir. Bir defa, tıbbi müdahale yapılabilmesi durumu, üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda gerçekleştirilemeyecektir (CMK m.75/3). İkinci olarak, işlem, ilgilinin sağlığını tehlikeye düşürmeyecek nitelikte olmak zorundadır (CMK m.75/2). Nihayet, tıbbi müdahaleye “...ultima ratio olarak yani başka suretle delil elde etme olasılığı bulunmayan hallerde başvurulabilecektir” (75. madde gerekçesi paragraf 6).

e. Delillerin akıbeti

Tıbbi müdahale suretiyle elde edilen delillerin nasıl değerlendirileceği, madde metinlerinden çok, madde gerekçelerinde belirlenen bir husustur. Gerek madde metinlerinden gerekse gerekçelerden, delillerin akıbeti ile ilgili olarak aşağıdaki sonuçlara ulaşılabılır.

İlk olarak, 75. maddede belirtilen Cumhuriyet savcısı kararı ile yapılan tıbbi müdahale neticesinde elde edilen deliller bakımından, karar hakim veya mahkeme tarafından onaylanmadığında hükümsüz kalacağı ve elde edilen delillerin kullanılamayacağıdır (CMK m.75/1).

İkinci olarak, 75. madde kapsamında, hakim veya mahkeme kararı ile edilen delillerin (Savcı kararın onaylanması durumundakiler de bu kapsama dahildir), sadece görülmekte olan davanın ve ilgisi bulunan başka davalar söz konusu olursa, bunların yargılama sırasında kullanılabileceğidir. Alınan örnekler, kişilik haklarının korunması amacıyla, ilgisi bulunmayan başka yargılamalarda kullanılamayacaktır (madde gerekçesi prg. 9). Aynı durum, diğer kişilerin tıbbi muayenesini düzenleyen 76. madde için de geçerlidir. Nitekim bu maddenin gerekçesi daha net bir ifade ile dile getirilmektedir: “Bu maddenin uygulanması yönünden diğer önemli bir koşul bedenden alınan örneklerin ancak olayın yargılanmasında veya bununla bağlantılı yargılamalarda kullanılmasıdır. Kullanılmasına gerek kalmayan örnekler derhal yok edilecektir” (madde gerekçesi prg. 3). Ancak bu son husus (kullanılmasına

gerek kalmayan örneklerin derhal yok edilmesi), 75. maddede ifade edilmiştir. Bununla birlikte, getirilen düzenlemelerin amaçları göz önüne alındığında, elde edilen delillerin tümü için bu sonucun gerekli olduğu açıktır.

Delillerin akıbeti bakımından üçüncü bir sonuç ise, madde 76/3 de düzenlenen diğer kişilere yönelik tıbbi müdahale işlemi sonucunda elde edilen deliller ile ilgili olarak istisnai bir hal ile ilişkilidir. Tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığını gerektiren bir durumdan ötürü, diğer kişilerin tıbbi müdahaleden kaçınabilmeleri mümkündür. Çocuk ve akıl hastası bakımından kanuni temsilcisinin karar vereceği hükme bağlanmıştır. Ancak kanuni temsilcinin şüpheli veya sanık olması durumunda kararı hakim verecektir. Böyle bir halde, kanuni temsilci değiştiği veya davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık sıfatı kalktığına, daha önce elde edilmiş örneklerin kullanılması rıza şartına bağlanmıştır (CMK m.76/3, madde gerekçesi prg.2). Getirilen düzenleme, Anayasa'nın 38/5 hükmüyle teminat altına alınan "aleyhe delil sunmaya zorlama yasağı" kapsamındadır.

Delillerin akıbeti ile ilgili önemli bir diğer husus da, elde edilen verilere ilişkindir. Kanunun gerekçesi, yukarıda belirtildiği üzere, kullanılmasına gerek kalmayan örnekler derhal yok edileceğini ifade etmektedir. Hazırlanan yönetmelik taslağında verilerle ilgili bazı hükümler yer almaktadır. Taslak metnin 15. maddesi "verilerin imhası", 16. madde verilerin korunması ve 22. madde "verilerle ilgili işlemler" başlıkları altında konuyu düzenlemeye çalışmaktadır. Ancak 15 ve 16. maddelerde getirilmesi düşünülen düzenlemeler, CMK m.81'de düzenlenen fizik kimliğin tespiti sonucunda elde edilen verilere ilişkindir. 22. madde ise "ortak hükümler" başlığı altında yer almakta ve 75 ila 76. maddeler kapsamında elde edilen verileri de içermektedir. Buna göre, elde edilen verilerin imhası ve diğer işlemlerin yürütülmesi Cumhuriyet başsavcılıklarınca yapılacak iş bölümlerinde görevlendirilecek Cumhuriyet savcısına bırakılmaktadır.

Veriler ile ilgili ikinci bir durum ise, CMK m.78'de düzenlenen "Moleküler genetik incelemeler" kapsamındadır. Madde, 75 ve 76. maddelerde öngörülen işlemler neticesinde elde edilen örnekler üzerinde, soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli, sanık ya da mağdura ait olup olmadığının tespitinin zorunlu olması halinde moleküler genetik inceleme yapılabileceğini belirtmektedir. Ancak, alınan örnekler üzerinde bu amaçların dışında tespitler yapıcı incelemeler yasaklanmaktadır. İkinci fıkra hükmü de, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de bu işlemlerin yapılabileceğini ifade etmektedir. Madde gerekçesinde bu düzenlemenin Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 81a ila 81f paragraflarına paralel nitelikte olduğu ifade edilmiştir.

Bir başka husus ise, elde edilen örneklerin imha edilmesi ile, bu örneklerden elde edilen başka verilerin de imha edilip edilmeyeceğidir. Basit bir örnek verilecek olursa, alınan kan örneğinin imha işlemi yapılacaktır, ama bu kan örneğinden elde edilen kan grubu, kişide belirli hastalıkların varlığı gibi verilerin kaydı da imha edilecek midir? CMK m.80 bu konuyu açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre “75, 76 ve 78 inci maddeler hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi veya hükmün kesinleşmesi hallerinde en geç on gün içinde Cumhuriyet savcısının huzurunda yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir”.

Neticede elde edilen veriler imha edilecektir. İmha işlemi, hem örneklerin hem de örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının imhasını kapsamaktadır. Söz konusu veriler, “5237 Sayılı TCK’nın 135 ve devamı maddelerinde koruma altına alınan ‘kişisel veri’ olarak kabul edilmiştir”²⁶. Bu düzenlemenin, ülkemizde suçların araştırılmasıyla ilgili olarak DNA bankasının kurulmasını önlediği, ancak özel bir kanunla, DNA bankası kurulmasının ve buradaki bilgilerin kullanılmasının düzenlenmesinin mümkün olduğu²⁷ da ileri sürülmüştür.

SONUÇ

Tıbbi müdahale yoluyla delil elde etmek hukuk düzeni içinde bir gereklilik. Bu hususta hukukumuzdaki eksiklik getirilen düzenlemelerle aşılabacaktır. Söz konusu düzenlemeler esas itibariyle Alman sisteminin benimsendiğini ortaya koymaktadır.

Düzenlemelerin dayandığı anlayış ise tutarlı ve uluslar arası standartlarla uyumludur. Bir defa, devletin maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek için “etkin soruşturma ilkesi”ni gerçekleştirebilmesini mümkün kılmaktadır²⁸. Diğer taraftan, insan hak ve hürriyetlerinin korunması bakımından, hukukun güvencesi sağlanmaktadır. Alınacak kararların merkezine “hakim kararı”nın yerleştirilmesi bunu ortaya koymaktadır. Yine, Anayasa’da temel hak ve hürriyetlerle ilgili yapılan değişikliklerle uyumun sağlandığını söyleyebiliriz.

²⁶ SÖZÜER-TEKDAĞ, a.g.m., s.52.

²⁷ SÖZÜER-TEKDAĞ, a.g.m., s.53.

²⁸ Bkz., GÜLSOY, a.g.m., s.138-40.

Yeni düzenlemeler bakımından, özel hayat kapsamı içerisinde yer alan tıbbi müdahale yoluyla delil elde etme müessesesinde, korunan değer ile ulaşılmak istenen amaç arasında bir dengenin sağlandığı söylenebilir. Sistem, “rıza” unsurunu Alman sisteminde olduğu gibi tanıklıktan çekinme halleri bakımından gerekli olan durumlarda öngörmüştür. Bunun dışında esas itibariyle “rıza” unsuruna yer verilmeyişi insan hakları bakımından bir sakınca doğurmayacaktır. Müdahale ağır tıbbi müdahaleleri içermemektedir. Diğer taraftan, devletin suç ve suçluyla mücadelesinin ve maddi gerçeği ortaya çıkarabilmesinin hukuki zeminini oluşturmaktadır.

Ne var ki, maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek için, ağır tıbbi müdahalenin kaçınılmaz olduğu durumlar bakımından herhangi bir hukuki zemin öngörülmemiştir. Rıza unsurunu aramak suretiyle ve hayati tehlike doğurmadığı sürece ağır tıbbi müdahale yapılabilmesinin de düzenlenmesi değerlendirilebilirdi.

